

PRÓLOGO

José T. Raga

La obra “Derecho renovado del consumidor: entre la economía y el derecho”, es el fruto de un trabajo típico y estrictamente universitario. Un trabajo en el que no ha contado el tiempo ni el esfuerzo; un trabajo en el que se ha investigado con generosidad para alumbrar un texto capaz de satisfacer las aspiraciones de quienes en ello han colaborado; un trabajo, claramente de liberalidad, en el que el conocimiento acumulado por los investigadores, se pone al servicio de quienes pudieran estar interesados, como un servicio al saber y un servicio a la sociedad.

La publicación, consta de dos partes claramente diferenciadas: la primera de ellas reúne un conjunto de trabajos, resultado de sendas investigaciones sobre el objeto que figura en el título de la publicación: el derecho del consumidor; un derecho multiforme y de aquí la necesaria interdisciplinariedad del estudio. La segunda parte está dedicada a abundar, mediante comentarios certeros, en los términos legales de uso necesario en el escenario en el que se desarrolla el consumo y la acción del consumidor.

Toda la obra, desde las diferentes vertientes de análisis, muestra una coherencia interna que resulta de un núcleo de convergencia, el consumidor, al que se dirigen los distintos trabajos y que aglutina los esfuerzos de los autores para completar una cuadro de análisis en el que, las decisiones del consumidor –sobre todo las referidas al qué y al cómo– son el objeto determinante del estudio.

Se evita en las aportaciones, de manera generalizada, la asunción de un postulado apriorístico común, cual es que el consumidor es la parte débil que precisa protección. Otra cosa es que, sin serlo, la estructura del mercado en el que se desenvuelve, sea de tal naturaleza que la libertad de las personas no esté garantizada, por lo que sus decisiones podrán verse afectadas por esa falta de libertad; lo cual no indica debilidad sino la existencia de un mercado con restricciones, hasta el punto de que su misión esencial que es garantizar la eficiente asignación de recursos productivos, está, así mismo, cuestionada.

De este modo, el consumidor se perfila desde una máxima neutralidad, como la persona libre y responsable que toma decisiones de carácter económico; la primera de ellas es la que se refiere a la decisión en la disyuntiva de consumir y de ahorrar, siendo la segunda la distribución que hará entre bienes diversos, de aquella decisión genérica, y cuantitativamente importante, de consumir para maximizar la utilidad de los bienes y servicios consumidos.

Lejos de un mundo económico, aunque armónico, irreal, al modo neoclásico, en el que los mercados en competencia perfecta se interrelacionan para conseguir un equilibrio general, en el que los sujetos tienen información perfecta de cuanto ocurre en los mercados y, contando con esta información, toman sus decisiones

de modo certero para maximizar sus conductas, el modelo que se utiliza en el estudio es un modelo inserto en la realidad más radical.

Nos movemos en un escenario en el que los mercados, apenas si muestran signos de competencia libre –nunca de competencia perfecta–, siendo la más general de las estructuras la que corresponde a la competencia oligopolista. La presencia de oligopolios, con grandes aglomerados y pocos concurrentes en el mercado, es la regla y no la excepción en ese mundo real. La información que emana de los mismos, es una información restringida, con signos colusivos, que impide a los consumidores conocer las características y condiciones del propio mercado y de sus productos.

Esa imperfección del mercado, puede conducirnos a actitudes que no tendrían cabida en el modelo teórico de la competencia perfecta, en el que cada oferente-productor, producirá bienes hasta aquella unidad cuyo coste marginal sea igual al precio que por ella se pagará en el mercado. Esa situación productiva podrá darse, según el modelo teórico, en tres situaciones distintas: la primera en la que el precio, además de ser igual al coste marginal de la última unidad producida, es también igual al coste medio total para el número de unidades que se está produciendo –situación de la empresa en equilibrio, ausente de beneficios extraordinarios–.

La segunda es aquella en la que la empresa está en condiciones de beneficios extraordinarios, es decir que el precio del mercado, aunque siendo igual al coste marginal de la última unidad producida es mayor que el coste medio total de la producción, para aquel volumen de unidades producidas. Una situación de desequilibrio, porque el beneficio extraordinario alertará al capital que acudirá a producir el mismo tipo de bien, con lo que aumentará la oferta, bajará el precio y desaparecerá el beneficio extraordinario.

Finalmente, la tercera situación es aquella en la que el precio, que siempre será igual al coste marginal de la última unidad, está por debajo de los costes medios totales y quizá también de los costes medios variables, teniendo que cerrar la producción inmediatamente en el último caso, y pudiéndolo mantener por un corto período de tiempo en el primero, a fin de ver si la desaparición de las empresas de mayor coste impulsa los precios al alza y se pasa a una situación de beneficios.

El precio de venta por debajo de los costes, que no tendría sentido en la competencia perfecta, puede ser una estrategia de mercado en los no competitivos, para aumentar la cuota en el mismo y, con ello, el poder de expansión para que el aumento de participación desplace a los competidores y a medio plazo permita elevar de nuevo los precios. Un problema que está magníficamente abordado en el trabajo del Prof. Nemesio Vara de Paz, titulado “Venta con pérdida”.

Otro fenómeno, que sólo se produce en los mercados imperfectos, es el que se refiere a los abusos sistemáticos en las condiciones en las que se desenvuelve habitualmente la relación comercial, abusos que recaen sobre el consumidor y en perjuicio del mismo. Sería impensable que en un mercado en competencia perfecta, incluso en un mercado de libre competencia, con abundancia de oferentes y demandantes, se produjesen tratos abusivos de una parte sobre la otra. Es una posibilidad que anida en los mercados restringidos, en los que, además, el trato abusivo se produce, si no por acuerdos colusivos, sí al menos con aplicación generalizada del

principio, que haría suponer el imperativo de un líder y la continuidad de unos seguidores, imponiendo, como las mismas prácticas, para evitar una lucha de condiciones en el marco del oligopolio.

Pensemos la frecuencia de los contratos de adhesión y cómo tales contratos se producen en un mercado restringido por parte de la oferta y abierto por parte de la demanda, o al revés, restringido por parte de la demanda y abierto por el lado de la oferta. Es evidente, se dirá, que las cláusulas abusivas no son patrimonio exclusivo de los contratos de adhesión; lo cual no puede ser más cierto. Pero también es cierto que la debilidad de una parte ante unas cláusulas abusivas impuestas por la otra, sólo lo será en la medida en la que el suministro del bien o el servicio no tenga alternativas sustitutivas en el mercado, para que la parte acosada por el abuso pueda desplazar su decisión a las otras alternativas disponibles.

Esta debilidad, se da sin ningún género de dudas, cuando nos encontramos ante un reducido número de oferentes o de demandantes de un lado, y un elevado número, indeterminado e inconexo, de demandantes y de oferentes del otro. Pues bien, estas relaciones comerciales, gestadas desde el desequilibrio de facultades, se estudian con detenimiento por la profesora Carmen Callejo Rodríguez, en su trabajo titulado, “Cláusulas abusivas y condiciones generales de la contratación: desde la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios al actual Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre”.

Por otro lado, el agente clave para nuestro estudio, el consumidor, tampoco es ese sujeto certero, que conoce bien dónde está y a dónde quiere ir, y que, además, es consciente de cómo puede discurrir en el objetivo de alcanzar el fin, sabiendo de los bienes de que dispone para cumplir tal objetivo. Un sujeto que actúa con firme decisión, por lo que es fácil adivinar que el objetivo está garantizado en su consecución.

Al contrario, estamos ante un sujeto que bien perfiló la Escuela de Viena. En el mundo real, nos encontramos con un ser dubitativo, que ni conoce bien la situación en la que se encuentra, ni sabe muy bien, tampoco, a la que se dirige. Mucho menos conoce con suficiencia el camino que le puede llevar de la posición actual a la deseada, ni siquiera atisba los inconvenientes o problemas que podrá encontrar por el camino. Y, más aún, cuando cree conocer un entorno para su decisión, es, además de dubitativo, erróneo; se equivoca con frecuencia y, en unas ocasiones comprobará su error, pero en otras, es consciente de que los errores le pasarán inadvertidos, por su presunción de certidumbre. Éste será su último drama: las más de las veces no tendrá ocasión de comprobar cuál habría sido su resultado si hubiera optado por la decisión que rechazó.

Un ser erróneo, que se asienta sobre dos zonas que posibilitan y alimentan el error: de un lado, lo que llamaríamos el error invencible, en el que se incurre por carencia de información, aún habiendo realizado todos los esfuerzos para conseguirla; el otro, es el error que, aún disponiendo de información, se incurre al minusvalorar la disponibilidad de ésta que nos ofrece el mercado. Unas veces será por cansancio, otras por premura en tomar la decisión, otras, en fin, por dejarse arrastrar por la fuerza de la inercia, que impide someter a juicio las decisiones habituales en el orden de vivir cotidiano.

Como no podía ser de otro modo, los estudios que constituyen la obra publicada, inciden fundamentalmente en la primera de las dos causas de error, que a su vez, contiene dos vertientes con un mismo resultado: Una es, simple y llanamente, como hemos dicho la carencia de información. Hablamos de una información insuficiente para tomar decisiones conscientes y responsables, de tal modo que se puede asegurar, sin temor a errar, que si el consumidor hubiera tenido mayor información sobre los pormenores del mercado o de los bienes a los que dirige su acción, ésta no habría tenido lugar.

La otra vertiente, que conduce al mismo resultado, no se cifra en la carencia de información, sino en la información falsa. Hablamos en este caso, de una información dirigida a producir una decisión que, basada en la información proporcionada, nunca habría tenido lugar, si el consumidor hubiera tenido información veraz sobre el objeto de la decisión.

En ambos casos, la decisión es errónea, pero el cauce por el que se produce el error es bien diferente. Lo es, al menos, en el *animus* presente en la información. En el primer caso, cabría suponer que la insuficiencia de información lo es por torpeza, por negligencia o por simple inadvertencia; en el segundo, la voluntad de engañar es sustantiva a la información proporcionada. Estamos ante la información deliberadamente engañosa y, en el límite, incluso, en las prácticas ilícitas que acompañan en ocasiones la información ofrecida en el mercado.

En esta materia se adentra con suficiencia los comentarios a la “publicidad engañosa” tras la Ley 29/2009, de 30 de diciembre”, del que es autor el Prof. David Pérez Millán. Si toda la publicidad tiende, no tanto, aunque también, a informar, como a incidir en la voluntad del consumidor para que su decisión sea acorde con los intereses del oferente o del productor, la publicidad ilícita da un paso más, tendiendo a anular la capacidad de decisión libre del consumidor, que pasa a convertirse en un sujeto cautivo del productor.

Estamos hablando del caso de la publicidad subliminal, aquella que incide sobre el subconsciente y que se percibe de manera inadvertida por el consumidor, así como de la publicidad dirigida a menores, aprovechando su falta de formación y de experiencia, además de la falta de recursos para rechazar lo que les condicione o mediatice. Junto a estos dos medios publicitarios, uno por razón de las personas recipiendarias y el otro por las técnicas subliminales utilizadas, hay que mencionar, significativamente, como publicidad ilícita, en este caso por motivos de salvaguarda de los derechos personales, aquella publicidad que atenta a la dignidad de la persona, bien porque la humille o menosprecie, bien porque la discrimine atentando con ello al derecho que toda persona tiene al reconocimiento de su propia dignidad, o bien cuando aquella publicidad vaya contra los valores y derechos que reconoce la Constitución.

Una consideración especial merece en el estudio el mercado de los productos financieros. Quizá la experiencia reciente de la crisis financiera del año 2007, ha despertado mayor interés del que sería de esperar en épocas de bonanza. Sea como fuere, la atención dispensada a este tipo de materias, a nuestro entender de sobra justificada, abarca directamente a tres trabajos: los de los profesores María Rosa Tapia Sánchez, bajo el título “Protección del consumidor en la contratación a distancia de

servicios financieros”; Ana Felicitas Muñoz Pérez, “La reforma U.S. de transparencia y control de los mercados derivados OTC”; y Cristóbal Espín Gutierrez, “El conocimiento del cliente-inversor como instrumento de protección”.

Junto a estos trabajos, como laterales al tema nuclear tratado en ellos, destacamos dos trabajos ilustrativos del problema y de los requisitos para su solución. Nos referimos a los de la profesora María Cruz Mayorga Toledano, bajo el título “La Red trans-fronteriza de denuncia extrajudicial sobre servicios financieros (FIN-NET)”, y el titulado “Orientaciones del Tribunal Supremo en materia de nulidad de las cláusulas abusivas bancarias y usos meramente normativos de las entidades financieras”, del que es autora, la profesora Ruth Navarro Costa.

Con independencia del efecto que la crisis financiera de 2007 haya podido tener en la abundancia de estos trabajos, hay razones objetivas, fuera de las circunstancias mencionadas, que configurarían las bases para que esta riqueza de estudios se produjese en cualquier caso. Si tenemos dicho que sólo cabe una decisión libre y responsable por el consumidor, cuando éste disponga de información plena sobre el producto –bien o servicio– objeto de elección, alejándose de aquella libertad a medida que el mundo real se representa más alejado de aquella plenitud informativa, el mercado de los productos financieros, es un claro ejemplo de opacidad, de información sesgada y con una terminología confusa para el gran público demandante.

La información en el mercado de los instrumentos financieros, de los que son expresión máxima los *derivados*, es enmarañada y confusa, aparte de la complejidad que la misma posee. Los términos, cuando son comprensibles por ser de uso corriente, no suelen tener un significado idéntico al que tienen en las relaciones comerciales ordinarias. Por ejemplo, cuando se habla de un fondo de inversión de dinero, cualquiera entendería que sus activos están constituidos por numerario, cuando la realidad es muy otra: un porcentaje lo será en dinero, pero otra en títulos que en el mercado monetario se consideran cuasi-dinero, por lo que el demandante de tales participaciones, salvo que se moleste en indagar cuál es la composición del fondo, entrará a demandar errado en lo que está demandando.

Los términos de garantía, que se utilizan en un mercado tan complejo, como elemento comercial para captar demandantes, no suele significar lo que el consumidor de los instrumentos financieros –bonos, obligaciones, participaciones en fondos, etc.– entiende por garantía. Los títulos que se colocaron en el mercado, emitidos por Lehman Brothers, o de la mano de Bernard L. Madoff, a decir del colocador –siempre un intermediario financiero en el que confía el consumidor– estaban totalmente garantizados, por lo que, ante un rendimiento elevado y una garantía total, era natural que el mercado se abriese a tales títulos.

Para el consumidor –demandante de tales títulos o de participaciones en fondos con una composición elevada de los mismos–, la expresión “*están totalmente garantizados*” se entendía como la garantía prestada por la entidad financiera en la que él confía, seguramente desde muchos años, pues es el único garante a quien conoce, a quien ve y con quien mantiene relaciones financieras personales y profesionales. La realidad, sin embargo, era bien distinta. El título estaba garantizado por el propio emisor, que es tanto como decir, una garantía que nada añade a la obligación inherente al título, siendo el colocador –Banco, Caja de Ahorros, Compañía de Inversión, o

cualquier otro intermediario financiero— un ser externo que percibe simplemente una comisión, caso de éxito en la colocación.

La cuestión que merece plantearse es si aquel demandante de instrumentos financieros, que acudió a la entidad en la que confiaba para colocar un dinero y obtener un rendimiento, habría demandado títulos emitidos por Lehman Brothers, o participaciones en fondos con tales títulos, si se le hubiera informado de que la garantía de los mismos era exclusivamente del propio emisor. A buen seguro que la decisión, en muchos casos, habría sido diferente.

De ser así, es fácil concluir que en el mundo financiero la información es compleja, la rapidez en la innovación de fórmulas para la captación de ahorro, hace que el demandante o consumidor final de tales instrumentos, ni conoce la terminología aplicada a tales instrumentos, que unas veces será la de *garantizados*, otras *estructurados*, otras con rendimiento a determinar mediante fórmulas polinómicas, con variables de imposible control por el interesado, otras con *techo* máximo, algunas con *suelo* mínimo, en ocasiones con comisiones muy elevadas que hacen el rendimiento exiguo caso de entrada y salida rápida en el mercado, etc. En fin, un mundo complejo, en el que ya resulta difícil al consumidor establecer un análisis comparativo en temas tan sencillos como una simple cuenta corriente o una imposición a plazo fijo, pues, en su entorno, hay elementos que alterarán el rendimiento nominal, que es el único que aparece con total nitidez.

De todo lo dicho, se deduce que nada hay de extraordinario en que la obra a la que corresponden estas líneas, reúna trabajos de gran rigor y riqueza temática, que por su abundancia, vienen a poner en evidencia las dificultades del tema financiero al que sus aportaciones se refiere.

Por otro lado, otra de las características del mundo financiero, tanto por la materia sobre la que recae, como sobre todo, por el momento en el que se está desarrollando la actividad —principios del siglo XXI—, es la rapidez de transmisión de su distribución y de sus efectos. Vivimos en un momento en el que hemos decidido darnos un modelo global de relaciones económicas, más que ningún otro sector, en el sector financiero. Los flujos financieros se mueven con extraordinaria rapidez, ausentes de fronteras que los controlen; las tecnologías de la información y la comunicación, consiguen que cualquier orden financiera dada en un lugar, se ejecute en el punto más remoto del globo en apenas unos segundos. De aquí la oportunidad del estudio de las redes trans-fronterizas, como cooperantes para la disponibilidad de información que se genera en cada lugar para todo lugar.

Dos temas están también presentes entre los estudios que sobre el consumo y la protección del consumidor conforman la publicación. Uno es de carácter procesal, desarrollado por la profesora Marta Blanco Carrasco, y titulado “El arbitraje de consumo español como referente en las reclamaciones de los consumidores” y que como alternativa a la vía contenciosa ordinaria, se presenta con el atractivo de la eficacia y de la rapidez.

El otro, se inserta en el problema legislativo, de consideración necesaria en un mundo global y en el consorcio de integraciones económicas regionales que requieren un lenguaje común y una regulación circunscrita a un marco de referencia de

aplicación a los distintos países llamados a relacionarse con una mayor cercanía. Estamos hablando, naturalmente, del trabajo de la profesora María Sierra Flores Doña, que lleva por título “Armonización plena y nivel de protección del consumidor: un punto crítico en la Directiva proyectada”.

Al término de estas líneas, solo desearíamos tributar el honor que merecen los autores que con sus trabajos configuran esta publicación. Su rigor, su generosidad en la investigación y su entrega a una misión que se propusieron desde el inicio, merece la complacencia de toda la comunidad científica, aspirando, además, a que se traduzca en un instrumento útil para los profesionales y para todos aquellos interesados en la protección del consumidor; tema éste de tanta mayor actualidad, cuanto mayor sea el desarrollo tecnológico y de sofisticación por el que se encamina la evolución de la sociedad actual.

Madrid, 25 de mayo 2011